



DELIBERA N. 264

Del 25 maggio 2022.

Oggetto

Istanza presentata da PAOLETTA Pietro Salvatore Pasquale - Procedura aperta mediante gara telematica per l'affidamento degli interventi di prevenzione dei danni causati dagli incendi, da calamità naturali ed eventi catastrofici ai boschi comunali di origine naturale e artificiale denominati: Bosco comunale difesa, rimboschimento Argario e rimboschimento Le Serre. Importo a base di gara euro: 212.771,69. Criterio di aggiudicazione: offerta economicamente più vantaggiosa. S.A.: C.U.C. "MONTI DAUNI".

PREC 67/2022/L

Riferimenti normativi

Articolo 24, comma 7, d.lgs. n. 50/2016

Articolo 42, d.lgs. n. 50/2016

Articolo 80, comma 5, lettera d) ed e), d.lgs. n. 50/2016

Parole chiave

appalto pubblico – lavori – scelta del contraente – esclusione - Conflitto di interessi – distorsione della concorrenza - condizioni

Massima

appalto pubblico – lavori – scelta del contraente – esclusione - Conflitto di interessi – distorsione della concorrenza - condizioni

L'articolo 24, comma 7, è espressione di un principio generale per il quale ai concorrenti di una procedura di gara deve essere riconosciuta un'omogenea posizione, implicante *ex se* la più rigorosa parità di trattamento, dovendo essere valutato in ogni caso se lo svolgimento di pregressi affidamenti presso la stessa stazione appaltante possa aver creato, per taluno dei concorrenti stessi, degli speciali vantaggi incompatibili con i principi di libera concorrenza e di parità di trattamento, tale norma è strettamente collegata con l'articolo 42, comma 2, alla quale si riferiscono situazioni in grado di compromettere, anche solo potenzialmente, l'imparzialità richiesta nell'esercizio del potere decisionale e si verificano quando il "dipendente" pubblico ovvero anche un soggetto privato che sia chiamato a svolgere una funzione strumentale alla conduzione della gara d'appalto, è portatore di interessi della propria o dell'altrui sfera



privata, che potrebbero influenzare negativamente l'esercizio imparziale ed obiettivo delle sue funzioni. In tale previsione certamente rientra il progettista esterno incaricato dalla stazione appaltante della redazione del progetto posto a base di gara il quale – per le più varie ragioni – abbia un interesse personale all'aggiudicazione in favore di un determinato operatore economico e sia in grado di condizionare tale aggiudicazione. Infatti, grazie all'ampia portata della norma, questa ricomprende nel suo ambito di applicazione tutti coloro che, anche senza averne titolo, e con qualsiasi modalità, e non necessariamente per conto della stazione appaltante, senza intervenire nella procedura, ma, anche dall'esterno, siano in grado di influenzarne il risultato.

Il Consiglio dell'Autorità Nazionale Anticorruzione

nell'adunanza del 25 maggio 2022

DELIBERA

VISTA l'istanza acquisita al prot. gen. ANAC n. 30383 del 22 aprile 2022, con la quale la ditta Paoletta Pietro Salvatore Pasquale ha chiesto alla scrivente Autorità di voler esprimere un parere di precontenzioso relativamente ad alcuni profili inerenti la legittimità della aggiudicazione dei lavori in oggetto a favore di un'impresa il cui rappresentante legale risulterebbe essere il medesimo della ditta cui era stato in precedenza conferito l'incarico di progettazione preliminare, definitiva ed esecutiva sulla cui base era stata predisposta la gara in oggetto.

CONSIDERATO che con bando pubblicato sul portale della CUC "Monti Dauni" da parte del Comune di Celle di San Vito, con cui veniva indetta una procedura aperta per l'affidamento dei lavori denominati *"procedura aperta mediante gara telematica per l'affidamento degli interventi di prevenzione dei danni causati dagli incendi, da calamità naturali ed eventi catastrofici ai boschi comunali di originale naturale e artificiale denominati: bosco comunale Difesa, rimboschimento Argario e rimboschimento Le Serre"*.

PRESO ATTO che il bando de quo sanciva – sez. III.1.2 - che *"finanziamento: i lavori sono stati finanziati con fondi regionali PSR Regione Puglia 2014 – 2020 – Mis. 8 – Sottomisura 8.3. sostegno alla prevenzione dei danni arrecati alle foreste da incendi, calamità naturali ed eventi catastrofici"*

CONSIDERATO che detta procedura veniva aggiudicata con determinazione dirigenziale n. 28 del 22.3.2022 da parte del Comune di Celle di San Vito, recante *«PSR Puglia 2014/2020 misura 8 Sottomisura 8.3. "investimenti nello sviluppo delle aree forestali e nel miglioramento della redditività delle foreste – sostegno ad interventi di prevenzione dei danni al patrimonio forestale causato dagli incendi, da calamità naturali ed eventi catastrofici". Affidamento degli interventi di prevenzione dei danni causati dagli incendi, da calamità naturali ed eventi catastrofici ai boschi comunali di originale naturale e artificiale denominati: bosco comunale Difesa, rimboschimento Argario e rimboschimento Le Serre, mediante gara telematica con procedura aperta»*, a favore della concorrente ditta Ecol Forest soc. coop.

RILEVATO che in precedenza lo stesso Comune aveva affidato, con determinazione n. 98 del 1.12.2017, un incarico per *"assistenza tecnica ai fini della partecipazione alla Misura 8 del P.S.R. Puglia 2014 – 2020"* alla ditta soc. coop. CON. F.A.T.: l'incarico, come previsto dalla precedente delibera della G.M. n. 63 del 14.11.2017, era riferito a professionisti con competenze nel settore forestale per la redazione di uno o più progetti da candidare a finanziamento a valere sulla misura 8 del PSR Regione Puglia 2014 – 2020,



in particolare sull'intervento 8.3 "*sostegno prevenzione danni arrecati alle foreste da incendi, calamità naturali ed eventi catastrofici*".

VISTO l'avvio dell'istruttoria comunicato con nota prot. n. 32428 del 29.4.2022;

VISTA la documentazione in atti e le memorie presentate dalle parti;

VISTA la nota di riscontro inviata alla stazione appaltante prot. 35537 del 10.5.2022.

VISTA la nota di riscontro della suddetta stazione appaltante, assunta al prot. n. 35942 dell'11.5.2022 con la quale la stessa aveva comunicato la sospensione temporanea per 30 giorni della determina di aggiudicazione "*in attesa del rilascio del parere di ANAC, al fine di verificare la correttezza del procedimento di gara e per eventuali successivi adempimenti di competenza*".

VISTA la contestazione formulata dalla controinteressata aggiudicataria Ecol Forest soc. coop, con memoria del 3.5.2022 (prot. ANAC n. 33624/2022) in cui la stessa lamentava la tardività dell'istanza di precontenzioso ai sensi dell'art. 7, co. 1 lett. c) del Regolamento di Precontenzioso, ai sensi del quale sono inammissibili le istanze rispetto alle quali siano già decorsi i termini di impugnazione in sede giurisdizionale.

CONSIDERATO che, secondo quanto verificato sul sistema di protocollazione ANAC e confermato da successiva memoria integrativa dell'istante, la richiesta di parere è effettivamente pervenuta in tempo utile (in data 21.4.2022, alle 23.58, pur tuttavia protocollata alla data del successivo 22.4.2022), confermando la ammissibilità dell'istanza *de qua*.

CONSIDERATO che la questione controversa sottoposta all'Autorità attiene alla legittimità del provvedimento di aggiudicazione disposto in considerazione del potenziale conflitto di interessi rilevato in capo all'aggiudicatario;

VISTO quanto dedotto nell'istanza dalla ditta Paoletta in merito alla identità della figura di presidente del consiglio di amministrazione e rappresentante legale rispettivamente delle imprese CON.F.A.T. soc. coop – aggiudicataria della progettazione – e della impresa Ecol Forest soc. coop. – aggiudicataria della gara su cui verte l'odierna controversia – nella persona del dott. Agr. Mario De Angelis, come risultante peraltro dalle visure camerali delle imprese *de quibus*.

VISTO che detta circostanza veniva confermata dalla stessa società controinteressata nella memoria prodotta, in cui tuttavia essa deduceva altresì ulteriore rilievo circa la diversità dei due operatori economici sopra richiamati che sarebbero soggetti distinti e non collegati, tenuto conto che l'attività di progettazione era stata eseguita da un professionista esterno alla stessa CON.F.A.T. soc. coop. (Ing. Del Re, come da lettera di incarico del 4.12.2017).

CONSIDERATO preliminarmente che la identità tra i rappresentanti legali e quindi la comunanza o intreccio parentale tra organi rappresentativi e di vertice delle stesse imprese, come principio consolidato dalla giurisprudenza, costituisce un evidente indizio di unicità di centro decisionale e pertanto di collegamento ex art. 2359 c.c. (cfr. ex multis Cons. Stato n. 6010/2018; Cons. Stato n. 2173/2017; TAR Lazio 4373/2021).

VISTO il contenuto dispositivo dell'articolo 24, comma 7, del d.lgs. n. 50/2016, secondo cui: «Fermo restando quanto previsto dall'articolo 59, comma 1, quarto periodo, gli affidatari di incarichi di progettazione per progetti posti a base di gara non possono essere affidatari degli appalti, nonché degli eventuali subappalti o cottimi, per i quali abbiano svolto la suddetta attività di progettazione. Ai medesimi



appalti, subappalti e cottimi non può partecipare un soggetto controllato, controllante o collegato all'affidatario di incarichi di progettazione. Le situazioni di controllo e di collegamento si determinano con riferimento a quanto previsto dall'articolo 2359 del codice civile. I divieti di cui al presente comma sono estesi ai dipendenti dell'affidatario dell'incarico di progettazione, ai suoi collaboratori nello svolgimento dell'incarico e ai loro dipendenti, nonché agli affidatari di attività di supporto alla progettazione e ai loro dipendenti. Tali divieti non si applicano laddove i soggetti ivi indicati dimostrino che l'esperienza acquisita nell'espletamento degli incarichi di progettazione non è tale da determinare un vantaggio che possa falsare la concorrenza con gli altri operatori»;

VISTO quanto disposto dall'articolo 42 del d.lgs. n. 50/2016, secondo cui: «1. Le stazioni appaltanti prevedono misure adeguate per contrastare le frodi e la corruzione nonché per individuare, prevenire e risolvere in modo efficace ogni ipotesi di conflitto di interesse nello svolgimento delle procedure di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni, in modo da evitare qualsiasi distorsione della concorrenza e garantire la parità di trattamento di tutti gli operatori economici. 2. Si ha conflitto d'interesse quando il personale di una stazione appaltante o di un prestatore di servizi che, anche per conto della stazione appaltante, interviene nello svolgimento della procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni o può influenzarne, in qualsiasi modo, il risultato, ha, direttamente o indirettamente, un interesse finanziario, economico o altro interesse personale che può essere percepito come una minaccia alla sua imparzialità e indipendenza nel contesto della procedura di appalto o di concessione. In particolare, costituiscono situazione di conflitto di interesse quelle che determinano l'obbligo di astensione previste dall'articolo 7 del decreto del Presidente della Repubblica 16 aprile 2013, 62. 3. Il personale che versa nelle ipotesi di cui al comma 2 è tenuto a darne comunicazione alla stazione appaltante, ad astenersi dal partecipare alla procedura di aggiudicazione degli appalti e delle concessioni. Fatte salve le ipotesi di responsabilità amministrativa e penale, la mancata astensione nei casi di cui al primo periodo costituisce comunque fonte di responsabilità disciplinare a carico del dipendente pubblico. 4. Le disposizioni dei commi 1, 2 e 3 valgono anche per la fase di esecuzione dei contratti pubblici. 5. La stazione appaltante vigila affinché gli adempimenti di cui ai commi 3 e 4 siano rispettati»;

VISTO quanto sancito all'articolo 80, comma 5, lettera d) ed e) secondo cui: «Le stazioni appaltanti escludono dalla partecipazione alla procedura d'appalto un operatore economico in una delle seguenti situazioni, anche riferita a un suo subappaltatore nei casi di cui all'articolo 105, comma 6, qualora: d) la partecipazione dell'operatore economico determini una situazione di conflitto di interesse ai sensi dell'articolo 42, comma 2, non diversamente risolvibile»; e) una distorsione della concorrenza derivante dal precedente coinvolgimento degli operatori economici nella preparazione della procedura d'appalto di cui all'articolo 67 non possa essere risolta con misure meno intrusive;

TENUTO CONTO che nelle Linee guida ANAC n. 15, recanti «*Individuazione e gestione dei conflitti di interesse nelle procedure di affidamento di contratti pubblici*», approvate con delibera n. 494 del 5 giugno 2019, è stato chiarito che il conflitto di interesse individuato all'articolo 42 è la situazione in cui la sussistenza di un interesse personale in capo ad un soggetto operante in nome o per conto della stazione appaltante che interviene a qualsiasi titolo nella procedura di gara o potrebbe in qualsiasi modo influenzarne l'esito è potenzialmente idonea a minare l'imparzialità e l'indipendenza della stazione appaltante nella procedura di gara. In altre parole, l'interferenza tra la sfera istituzionale e quella personale del funzionario pubblico, si ha quando le decisioni che richiedono imparzialità di giudizio siano adottate da un soggetto che abbia, anche solo potenzialmente, interessi privati in contrasto con l'interesse pubblico, precisando altresì che il rischio che si intende evitare può essere soltanto potenziale e va valutato ex ante rispetto all'azione amministrativa;



RILEVATO altresì che in giurisprudenza si è affermato il principio per cui l'art. 42 co. 2 del d.lgs 50/2016 "recependo la previsione delle direttive che si riferisce anche al prestatore di servizi che interviene per conto dell'amministrazione aggiudicatrice include certamente anche il progettista esterno incaricato dalla stazione appaltante della redazione del progetto posto a base di gara il quale -per le più varie ragioni- abbia un interesse personale all'aggiudicazione in favore di un determinato operatore economico e sia in grado di condizionare tale aggiudicazione. Per questo aspetto, è indubitabile il collegamento tra la norma in commento e l'art. 24, comma 7" (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 14 maggio 2018, n. 2853)

CONSIDERATO che, relativamente all'articolo 24, comma 7, la richiamata giurisprudenza amministrativa ha altresì sancito che la norma, che riproduce le incompatibilità previste dall'articolo 90, comma 8 e 8 bis, del d.lgs. n. 163/2006, è espressione di un principio generale per il quale ai concorrenti di una procedura di gara deve essere riconosciuta un'omogenea posizione, implicante *ex se* la più rigorosa parità di trattamento, dovendo essere valutato in ogni caso se lo svolgimento di pregressi affidamenti presso la stessa stazione appaltante possa aver creato, per taluno dei concorrenti stessi, degli speciali vantaggi incompatibili con i principi di libera concorrenza e di parità di trattamento (cfr. Cons. Stato 2853/2018 cit.).

RILEVATO che la giurisprudenza amministrativa ha altresì chiarito che la *ratio* della disciplina di cui all'articolo 24, comma 7, consta nell'esigenza di garantire che il progettista si collochi in posizione di imparzialità rispetto all'appaltatore esecutore dei lavori, potendo svolgere una funzione sostanziale di ausilio alla stazione appaltante nella verifica di conformità tra il progetto e i lavori realizzati: se le posizioni di progettista e di appaltatore esecutore dei lavori coincidessero vi sarebbe il rischio di vedere attenuata la valenza pubblicistica della progettazione, con la possibilità di elaborare un "progetto su misura" per una impresa alla quale l'autore della progettazione sia legato, così agevolando tale impresa nell'aggiudicazione dell'appalto (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 14 maggio 2018, n. 2853, sentenza 21 giugno 2012, n. 3656; sentenza 2 dicembre 2015, n. 5454)»;

CONSIDERATO che con riferimento all'articolo 42 del d.lgs. n. 50/2016, la giurisprudenza amministrativa ha chiarito che tale disposizione, nel recepire gli articoli 24 della direttiva 2014/24/UE, 42 della direttiva 2014/25/UE e 35 della direttiva 2014/23/UE, è espressione della volontà di creare meccanismi di prevenzione dei fenomeni corruttivi anche mediante l'individuazione e la regolazione delle situazioni di conflitto di interessi (cfr. Corte Giustizia UE, 12 marzo 2015, C- 538/131; Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 14 maggio 2018, n. 2853) ed ha precisato che la nozione di conflitto di interesse rilevante per il settore degli appalti pubblici risulta attualmente ricostruita in termini di mera potenzialità, sulla scorta sia della norma generale di cui all'articolo 6-bis della legge n. 241/1990 (come introdotta dalla legge n. 190/2012), che dà rilievo ad «ogni situazione di conflitto, anche potenziale», sia della norma speciale di cui all'articolo 42, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, riferita, sul versante soggettivo, oltre che al «personale della stazione appaltante», anche a qualsiasi soggetto che, in forza di un valido titolo contrattuale o legislativo, ovvero per la sua posizione di rilievo, abbia la capacità di impegnare la stazione appaltante nei confronti di terzi (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sentenza n. 3415/2017), a patto però che, sul versante oggettivo, la situazione di conflitto di interesse venga verificata in concreto sulla base di prove specifiche (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sentenze n. 3401/2018 e n. 2511/2019; TAR Roma, sentenza n. 10186/2019);

RILEVATO altresì che, sempre con riferimento all'articolo 42, è stato asserito che la disposizione costituisce *lato sensu* una norma di pericolo, nel senso che essa e le misure che contempla (astensione dei dipendenti) o comporta (esclusione dell'impresa concorrente) operano per il solo pericolo di



pregiudizio che la situazione conflittuale possa determinare (così Consiglio di Stato, sez. III, 14 gennaio 2019, n. 355). Il conflitto di interessi si ricava, allora, in via presuntiva da due elementi indiziari quali a) l'esistenza di un interesse personale del funzionario; b) il ruolo che questi riveste nella procedura di gara tale da consentire di intervenire o di influenzare il risultato, per le informazioni privilegiate che ha a disposizione e può trasferire all'impresa concorrente così ponendola in condizione di vantaggio sugli altri concorrenti (cfr. Consiglio di Stato, sez. III, 12 settembre 2019, n. 6150, nonché Consiglio di Stato parere 5 marzo 2019, n. 667). Rispetto a tali elementi indiziari posti a base del ragionamento presuntivo la stazione appaltante non è tenuta a provare il reale possesso dell'informazioni privilegiate da parte del funzionario, né che le informazioni siano, poi, state effettivamente trasferite alla consociata in affari, essendo l'onere probatorio in capo all'impresa: accertata la sussistenza di uno degli elementi indiziari da parte dell'amministrazione è onere del concorrente dimostrare che non vi è stata violazione del principio delle pari opportunità nella formulazione dei termini delle offerte per tutti gli offerenti né si è determinato alcun rischio reale di pratiche atte a falsare la concorrenza tra gli offerenti (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 14 maggio 2020, n. 3048);

CONSIDERATO altresì che la medesima giurisprudenza del Consiglio di Stato ha chiarito l'esistenza di un indubitabile collegamento tra l'articolo 42 e l'articolo 24, comma 7, specificando che «nella previsione normativa certamente rientra il progettista esterno incaricato dalla stazione appaltante della redazione del progetto posto a base di gara il quale – per le più varie ragioni – abbia un interesse personale all'aggiudicazione in favore di un determinato operatore economico e sia in grado di condizionare tale aggiudicazione». Infatti, in considerazione della fattispecie di cui all'articolo 42 che richiama la possibilità di influenzare, in qualsiasi modo, il risultato della procedura, può ritenersi che «l'ampia portata della norma consente di ricomprendere nel suo ambito di applicazione tutti coloro che, anche senza averne titolo, e con qualsiasi modalità, e non necessariamente per conto della stazione appaltante, senza intervenire nella procedura, ma, anche dall'esterno, siano in grado di influenzarne il risultato. Quanto all'interesse rilevante per l'insorgenza del conflitto, la norma va intesa come operante indipendentemente dal concretizzarsi di un vantaggio, per il solo pericolo di pregiudizio che la situazione conflittuale possa determinare, a salvaguardia della genuinità della gara da assicurare (non solo mediante gli obblighi di astensione espressamente previsti dal terzo comma, ma anche) attraverso la prescrizione del divieto di partecipazione (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 11 luglio 2017, n. 3415). Peraltro, quando la situazione di conflitto non sia altrimenti risolvibile, l'articolo 80, comma 5, lett. d) del d.lgs. n. 50/2016 prevede, come *extrema ratio*, che sia l'operatore economico a sopportarne le conseguenze con l'esclusione dalla partecipazione alla procedura d'appalto. Il quarto comma dell'articolo 42, infine, impone alla stazione appaltante un obbligo di vigilanza, sia in fase di aggiudicazione che in fase di esecuzione, specificamente in riferimento al rispetto dell'obbligo di astensione, ma è da ritenere che esso si estenda a tutte le possibili misure che possano ancora essere prese per prevenire o porre rimedio al conflitto» (cfr. Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 14 maggio 2018, n. 2853);

CONSIDERATO che la stessa Autorità ha avuto modo di chiarire che le ipotesi di cui all'articolo 42, comma 2, si riferiscono a situazioni in grado di compromettere, anche solo potenzialmente, l'imparzialità richiesta nell'esercizio del potere decisionale e si verificano quando il "dipendente" pubblico, ovvero colui (anche un soggetto privato) che sia chiamato a svolgere una funzione strumentale alla conduzione della gara d'appalto, è portatore di interessi della propria o dell'altrui sfera privata, che potrebbero influenzare negativamente l'esercizio imparziale ed obiettivo delle sue funzioni (cfr. ANAC, delibera n. 647 del 22 settembre 2021, n. 132 del 17 febbraio 2021, n. 80 del 29 gennaio 2020);



RILEVATO che la linea interpretativa sopra descritta di così ampia portata persegue la finalità di evitare il verificarsi di agevoli meccanismi elusivi ai divieti di cui all'articolo 24, comma 7 e che, proprio con specifico riferimento all'articolo 24, comma 7, occorre in ogni caso tenere in considerazione la disposizione di cui al penultimo periodo che consente al soggetto che si trovi in una situazione che potrebbe astrattamente dare luogo ad incompatibilità di fornire la prova contraria, dimostrando che l'esperienza acquisita nell'espletamento degli incarichi di progettazione non è tale da determinare un vantaggio e falsare la concorrenza con gli altri operatori;

RITENUTO che spetta pertanto all'amministrazione verificare la riconducibilità di tali circostanze e degli elementi di fatto, dalla stessa evinti, sia in sede di gara, sia di verifica dei requisiti, alle fattispecie normative di cui agli articoli 24, comma 7 e 42 del d.lgs. n. 50/2016, nell'ambito dei poteri alla stessa attribuiti dall'ordinamento e dei criteri ermeneutici sopra richiamati, nonché la sussistenza delle cause di esclusione previste nell'art. 80 co. 5 del d.lgs. 50/2016;

RITENUTO altresì che laddove tale verifica abbia esito positivo, in considerazione delle indicazioni interpretative sopra ricostruite, è necessario in ogni caso che l'amministrazione, prima di valutare se procedere alla relativa esclusione o all'annullamento dell'aggiudicazione disposta, deve consentire all'operatore economico, che si trovi in una situazione di potenziale conflitto, di fornire la prova contraria dimostrando che l'esperienza acquisita nell'espletamento degli incarichi di progettazione non è tale da determinare un vantaggio in grado di falsare la concorrenza con gli altri operatori;

Il Consiglio

ritiene, per le motivazioni che precedono e limitatamente alla questione esaminata, che la valutazione del possibile conflitto di interessi ai sensi dell'articolo 24, comma 7 e dell'articolo 42 del d.lgs. n. 50/2016 spetti alla stazione appaltante in considerazione delle linee interpretative fornite e che la stessa, sulla base delle verifiche effettuate, qualora ritenga sussistente un potenziale conflitto di interessi, ne ammetta la relativa prova contraria prima di procedere all'esclusione del concorrente e alla revoca dell'aggiudicazione.

Il Presidente

Avv. Giuseppe Busia

Depositato presso la segreteria del Consiglio in data 6 giugno 2022

Per Il Segretario Maria Esposito

Rosetta Greco

Firmato digitalmente

